

## Quando não se julga pela razão, mas pelos antecedentes



**Aury Lopes Jr.**  
Advogado

**Alexandre  
Morais da Rosa**  
Juiz de Direito - SC

Boa parte da magistratura não consegue perceber as

consequências da aplicação da pena e também os mantras que tocaiam a razão. Não se trata da aplicação burocrática de uma sanção. Ela muda o futuro de pelo menos uma pessoa e, não raro, da família. A sensibilidade em que a questão é trabalhada no livro de Luana Paschoal (*O Juiz e a Aplicação da Penal*. Lumen Juris, 2014) merece destaque. Isto porque é preciso indagar-se sobre a dimensão do ato, sempre da responsabilidade do sujeito. Muitas vezes os magistrados possuem uma formação *manualistica* e, como tal, são incapazes de refletir sobre o *habitus* (Bourdieu), ou seja, “sempre foi assim”. Munidos de um modelo fornecido por colegas mais velhos, a aplicação da pena e seus mantras são entoados como verdades acrílicas. E talvez o convite para repensar o que se faz, no piloto automático, muitas vezes, seja por demais áspero. Daí a importância de se discutir *A conduta social e a personalidade do agente na fixação da pena*, título do virtuoso texto de Luana em sua dissertação na Universidade de São Paulo.

É justamente no momento da aplicação da pena que acontecem as maiores barbaridades de projeção do julgador em face do acusado e não mais sobre a conduta. A aplicação da pena é dirigida ao *mundo da vida*, sendo necessário que os atores jurídicos e, em especial, o *um-juiz*, dê-se conta de que sua decisão gera efeitos inexoráveis nos envolvidos (acusado, vítima etc.). Não é uma atividade lúdica, nem desprovida de uma função na estrutura social, como exaustivamente se deixou assentado. Daí é que, comprovada a autoria e materialidade da infração, bem como os pressupostos para aplicação de sanção, reabre-se na aplicação da pena um momento especial de invocação dos pressupostos democráticos, evitando o enxovalhamento arbitrário.

Isso porque se o fundamento da pena é *agnóstico* (Zaffaroni e Salo de Carvalho), será antidemocrática qualquer pretensão de reforma interior ou moral do condenado, na linha *fascista* da “defesa social.” A *secularização* do Direito Penal impede a análise incontrolável, por *infalsificável*, da subjetividade do agente. A atuação constitucionalizada do Poder Estatal é o de aplicar *isonomicamente* a pena, independentemente de critérios subjetivos e incontrolados, tudo de maneira fundamentada e *falsificável*. Todavia, remanesce a aplicação dedutiva do Código Penal (artigos 32-99), sem que se dê a verdadeira dimensão ao processo de *secularização* nessa etapa processual.

No vasto campo de redefinições semânticas propiciado pelo Código Penal, encontra-se solo fértil para a



garantia dos postulados do Estado Democrático de Direito, barrando-se, por assim dizer, as possibilidades de julgamento do acusado, mas sim de sua conduta, deixando-se de conjecturar sobre a subjetividade dele, por absoluta inconstitucionalidade (vale conferir a Súmula 444, do STJ). Assim é que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, *culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as circunstâncias e consequências do crime*, precisam ser analisadas mais detidamente, uma vez que a pletora de significantes é utilizada de maneira autoritária e inquisitória, desprezando-se o processo de *secularização* da sociedade contemporânea. Na verdade somente deveriam ser constitucionalmente válidas *circunstâncias e consequências*. De sorte que o julgamento, bom se lembrar, é da conduta e não da pessoa do acusado que, todavia, na fase de aplicação da pena é esquecido em nome da Defesa Social. E os mantras estão prontos para se usar. São frases feitas repassadas nos “cursinhos para concurso”, como diz Lédio Rosa de Andrade, depois utilizadas na prática forense, sem qualquer reflexão crítica, tornando as decisões absolutamente alienadas e nulas num Estado Democrático de Direito.

A instituição modificou apenas as máscaras, mantendo a ficha de *antecedentes* como verdadeiro limite entre os que permanecem puros, bons, e os pecadores, maus, “onde a sistemática medieval nos pega: por seu produto apto a passar por várias versões dos signos do Poder: a Lei” (Legendre). A violência simbólica (Bourdieu) atua eficientemente no inconsciente dessa divisão maniqueísta e reducionista da sociedade. Os *antecedentes* se constituem, pois, na “ficha de pecados” do acusado e devem ser lidos, no mínimo, *conforme a Constituição*, a fim de se evitar a estigmatização eterna (Carlos Bacila). O condenado jamais se livra da sanção, servindo para *sempre e sempre* lhe recrudescer a resposta estatal, sendo que tal raciocínio vigora no Brasil.

Nesse momento o *autor* que passa a ser julgado não pelo que *fez*, mas pelo que *fez no passado* e *é*, em franca violação dos postulados constitucionais e democráticos, funcionando muitas vezes para sustentar a condenação no caso de ausência de certeza. Isto é, em caso de dúvida, consulta-se *inconstitucionalmente* os antecedentes e se existirem, o julgamento pode acabar em condenação, aplicando-se um *indutivismo* ingênuo. De sorte que, levando-se a sério os *Direitos Fundamentais*, nada pode ser considerado como *maus antecedentes*, eis que as construções *positivas*, manifestadas pela *periculosidade* e defesa social foram desterradas de uma sociedade que se quer democrática, sendo o agravamento evidente *bis in idem*.

Sobre a *personalidade* do agente, os julgamentos moralizantes desfilam com todo o vigor. Se legitimando imaginariamente em censores de toda-a-ordem-moral, a maioria dos magistrados *adjetivam* muito mais do que democraticamente poderia se esperar. Julgam, enfim, o “pária” com um desdém demoníaco, em nome da segurança jurídica e do bem, obviamente. Apesar de assim procederem, suas pseudo-constatações são o mais puro exercício de imaginação, quiçá um autojulgamento, projetando no outro seu inimigo interno (Caio Fernando Abreu), sem, ademais, qualquer hipótese comprovada, refutável em contraditório, mas tão-somente *impressões* pessoais, lugares-comuns, *incontroláveis*, *fascistas*. Diz Amilton Bueno de Carvalho: “A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: ‘o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade – cada um a tem como entende’. (...) Mais, a alegação de ‘voltada para a prática delitiva’ é retórica, juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ desta natureza.”

Conforme assinala Amilton Bueno de Carvalho, não se sabe o que o termo pode significar dada a multiplicidade de teorias e métodos existentes, afora as múltiplas personalidades e, mesmo assim, continuam sendo utilizados jargões morais jurídicos para, retoricamente, fingindo fundamentar, agravar-se a pena. Parte-se, ademais, *inconstitucionalmente*, de um modelo *chapa branca* de família, conduta e sociedade dito médio, ou melhor, da classe média à qual o magistrado acredita — ilusoriamente — ter sido incluído ao passar no concurso. Tudo que fugir daquilo que o homem médio, não se sabendo exatamente o que isso significa, serve para majorar a sanção.

Por outro lado, nesse vazio de sentido, a ser preenchido pelo *um-juiz*, há espaço para que no olhar do outro se julgue a si próprio<sup>[1]</sup>. A história narrada no conto de Caio Fernando Abreu<sup>[2]</sup> é a do empresário que passa a receber cartas anônimas em que sua vida é desvelada: cachorradas; aborto da secretária jovem e do interior; abandono da mãe num asilo, onde morreu; suicídio do ex-sócio depois que lhe deu o golpe; fracasso sexual; a mulher que o traía, sem ele saber; até que um dia, após seis meses, cansado, pede à secretária um envelope branco, coloca na máquina e escreve: “Seu verme, ao receber esta carta amanhã, reconhecerá que venci. Ao chegar em casa, apanhará o revólver na mesinha-de-cabeceira e disparará um tiro contra o céu da boca’. Acendeu um cigarro. Depois bateu devagar, letra por letra: ‘Cordialmente, seu Inimigo Secreto’. Datilografou o próprio nome e endereço na parte esquerda do envelope, sem remetente. Chamou a secretária e pediu que colocasse no correio. Como vinha fazendo nos últimos seis meses.”

Enfim, prepondera muitas vezes o ‘inimigo secreto e íntimo’, do conto de Abreu, adjetivando a ‘personalidade’ do *outro-eu*, cabendo a indagação de Amilton Bueno de Carvalho: “Assim, quantas e quantas vezes, por não se conhecer, o julgador pune, inconscientemente, os outros, quando, em verdade, está cuidando de abafar sua própria e mal resolvida angústia”. E conta um caso: “Um exemplo — que muito tenho referido — já faz parte do anedotário forense. Conta a lenda que determinado julgador, com vida sexual recatadíssima, sempre e sempre, condenava acusados por delitos sexuais. Fez isso durante toda a sua atuação enquanto juiz. Acontece que ele se aposentou e a partir daí se liberou sexualmente. Logo após o jubileamento, revelou-se conquistador inquieto, a ponto de ser motivo de chacota. A explicação entre o juiz que não admitia qualquer relação de sexo e o não-juiz (aposentado) conquistador vulgar está em que, enquanto juiz, não se permitia ter uma vida sexual livre e repudiava aqueles que



---

assim procediam. Sentia-se agredido porque os outros se permitiam ter vida sexual abundante e somente logrou assim agir quando se sentiu homem ‘comum’. Condenava, pois, não aos outros, mas a sua sexualidade não-resolvida. No entanto, quem ia para a cadeia por causa de seu problema sexual era o outro, o réu.”

Quantas e quantas vezes o um-juiz procura se condenar no outro? Não se sabe. A proposta do trabalho encontra o juiz humano, portador de subjetividade e convida: “Necessário que a magistratura se sensibilize que não é uma carreira imune às intempéries inerentes aos humanos, e que por isso, que abra este espaço de compartilhamento de misérias e de êxitos, e acolha seu material humano, de forma a garantir-lhe o devido apoio que o mantenha feliz, satisfeito, íntegro, e, por fim, interessado a entregar à sociedade o seu melhor.”

Inês Pedrosa nos ajudar a finalizar: “acreditamos naquilo de que precisamos, não é? E acreditamos vinte, trinta, quarenta vezes, contra todas as evidências. Vemos o mal como uma nuvem temporariamente pousada sobre a testa do outro, não como uma parte da alma dele. Somos cândidos por desespero, agarramo-nos às paredes da infância com todas as forças.” E um dia crescemos. O trabalho de Luana nos auxilia. Cresce, todavia, quem pode. Não quem quer. E, como adverte a letra da música de Chorão, do Charlie Brown Jr: “A vida é feita de atitudes nem sempre decentes. Não lhe julgam pela razão mas pelos seus antecedentes.”

[1] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal*. Lisboa/Florianópolis: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015.

[2] ABREU, Caio Fernando. *Fragmentos*. Porto Alegre: L&PM, 2002, p. 142-147.